# Das Ende der zeitlichen Herrschaft der Strafgesetze.

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

der

Hohen Juristenfakultät

der Universität Rostock

vorgelegt von

Friedrich Räuber

Kammergerichtsreferendar a. D.

ACAD. LAND RAT. BIBL.

---

Greifswald.
Druck von F. W. Kunike.
1904.

# Inhaltsverzeichnis.


Seite

Teil I. Das Ende der „temporären“ Strafgesetze . . . . . 1

Teil II. Das Ende der „nicht temporären“ Strafgesetze.

§ 1) Das formelle Ende der nicht temporären Strafgesetze durch

a) ein neues Strafgesetz . . . . . 9

b) Gegenstandsloswerden . . . . . 13

c) Gerichtsgebrauch und andere Gewohnheit . 14

§ 2) Das materielle Ende der „nicht temporären“ Strafgesetze . . . . . 20

# Literatur-Übersicht.


v. Bar, Über einige Fragen der sog. rückwirkenden Kraft eines neuen und insbesondere eines milderen Strafgesetzes; in Goltdammers Archiv Bd. XIX 1891. S. 73—81 und S. 641 ff.

Berner, Lehrbuch des deutsch. Strafrechts. 18. Aufl. 1898.

Binding, Handbuch des Strafrechts Bd. 1. 1885.

— Grundriss des deutsch. Strafrechts, allgem. Teil. 6. Aufl. 1902.

— Die Normen u. ihre Übertretung Bd. 1. 2. Aufl. 1890.

Birkmeyer, in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft. Berlin 1901. S. 1074 f.

— Grundriss zur Vorlesung über das deutsche Strafrecht. München. 5. Aufl. 1902.

Francke, „Das deutsche Strafgesetzbuch und die Strafsachen aus Handlungen der Zeit vor dessen Gesetzeskraft“ in: Goltdammers Archiv XX S 14—70.

R. Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich . . . 3. u. 4. Aufl. Leipzig 1903.

— in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. XIV, S. 33—57.

Geyer, Grundriss zu Vorlesungen über das gem. dtsch. Strafrecht.

O. Göhrs, Das mildeste Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 2 R. St. G. B. Inaug.-Dissert. Strassburg 1897.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bonn 1881.

— in Goltdammers Archiv XIX S. 366—373. „Das mildeste Gesetz mit Rücksicht auf die Antragsdelikte“.

Heinze, ebendort: XIX S. 38—67. Über Rückanwendung der Vorschriften des deutsch. St. G. B.
v. Holtzendorff, Handb. des deutsch. Strafrechts Bd. II. Berlin 1871.
v. Liszt, Lehrbuch des deutsch. Strafrechts 12 u. 13. Aufl. 1903.
O. Lehmann, Das zeitl. Herrschaftsgebiet der Strafrechtssätze . . . . Inaug. Dissert. Bern 1895.
Meyer, Lehrbuch des deutsch. Strafrechts 5. Aufl. 1895.
Oppenhoff, Das St. G. B. für das dtsch. Reich. 14. Aufl. 1901.
Olshausen, Kommentar zum St. G. B. 6. Aufl. 1900.
Pulvermacher, Über die rückwirkende Kraft des milderen Strafgesetzes . . . . in Goltdammers Archiv XIX S. 517.
Rubo, Kommentar zum R. St. G. B. Berlin 1879.
Rüdorff, Kommentar zum R. St. G. B. 4. Aufl. 1892.
Rönne, in Goltdammers Archiv. Bd. XIX.
Schmid, Die Herrschaft der Gesetze . . . 1863.
Schütze, Lehrbuch des dtsch. Strafrechts. 2. Aufl. 1874.
Schwarze, Der Wirkungskreis des Strafgesetzes betr. der Zeit, des Raumes und der Personen, in v. Holtzendorffs Handbuch Bd. II. S. 247. Berlin 1871.
Schwarze, Kommentar zum R. St. G. B. 5. Aufl. Leipz. 1884.
Seeger, Über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze. 1862.
Vosberg, Über die Rückwirkung des Strafgesetzes nach gemeinem deutsch. Strafrecht, dem preuss. und deutsch. R. St. G. B. Inaug.-Dissert. Erlangen 1898.
F. Wachenfeld, Strafrecht in v. Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie der Rechtswissenschaft. Bd. II S. 250 f. Leipzig-Berlin 1903. 6., der Neubearbeitung 1. Aufl.
Entscheidungen des Reichsgerichts; hrsg. von den Mitgliedern des Gerichtshofes.
— des Berliner Obertribunals.

# Teil I.

## Das Ende der „temporären“ Strafgesetze.

Die Strafgesetze, wie alle Rechtssätze stehen unter dem verändernden Einflusse der Zeit. Sie dienen Verhältnissen, die unmerklich sich wandeln.

Gleichwohl denken ihre Urheber an alles mehr, als an deren schliessliches Ende. Sie halten ihr Werk für dazu bestimmt, inmitten des Wechsels menschlichen Einzellebens dauernd zu gebieten.

Nur selten ergehen Gesetze, die sich selbst ihre zeitliche Grenze ziehen. Sie sind zumeist interimistische Ausnahmegesetze, wie z. B. die während eines Krieges, einer Seuche erlassenen Gesetze und alle zur Beseitigung einer bestehenden oder zwecks Verhütung einer drohenden Krisis erlassenen Strafsatzungen.

Soll ein Gesetz nur für eine bestimmte Zeit Geltung haben, so bringt der Gesetzgeber diese Absicht dadurch zum Ausdruck, dass er

a) seinem Gesetze von vorne herein einen Endtermin setzt. Der Geltungszeitraum dieser Strafrechtssätze wird dadurch nach Tagen präcise berechenbar. So stand für das Sozialistengesetz vom 21. Oktober

1878 zugleich mit seinem Erlasse — vorbehaltlich etwaiger Erneuerung — der 1. Oktober 1890 als dessen Endtermin fest.

b) Zuweilen knüpft der Gesetzgeber das Aufhören seiner Strafbestimmungen an den Eintritt einer Bedingung oder eines zukünftigen Ereignisses, das kalendermässig jetzt noch nicht feststellbar ist. So beschränkt das R. St. G. B. in den §§ 102—104 die Gewährung seines Rechtsschutzes gegenüber feindlichen Handlungen gegen ausserdeutsche Staaten auf die Zeit friedlichen völkerrechtlichen Verkehrs mit diesen. Oder

c) der Gesetzgeber verleiht dem Gesetze Geltung bis zur von Anfang an beabsichtigten und in Aussicht gestellten Wiederaufhebung durch ein neues Gesetz. Zu denken ist besonders an provisorische Übergangsbestimmungen und Zwischengesetze.

So klar nun in allen gedachten Fällen der Zeitpunkt ist, der den Ablauf des temporären Gesetzes herbeiführt, so besteht doch auch bei ihnen ein Streit darüber, wie es unmittelbar nach dem Ende jener Ausnahmegesetze betreffs derjenigen Zuwiderhandlungen zu halten sei, die noch unter der Herrschaft der Satzung begangen sind, aber nicht mehr vor deren Endtermin zur Aburteilung gelangen.

Welcher Rechtszustand soll für diese Handlungen massgebend sein? Soll der Delinquent sich darauf berufen dürfen, der Gesetzgeber habe mit dem inzwischen erreichten Tage allgemein auf die Anwendung des Gesetzes verzichtet, oder muss er sich sagen, der Gesetzgeber habe für den zur

Übertretung des Gesetzes Bereiten kein Privilegium im Voraus gewähren wollen?

Die aufgeworfene Frage hängt mit der Frage nach der Nach- oder Rückwirkung der Gesetze eng zusammen. Sie unterscheidet sich aber von derselben wesentlich dadurch, dass bei ihr nicht die einander entgegenstehenden Festsetzungen zweier widerstreitender Gesetzgeber in Betracht kommen. Vielmehr sehen wir den modificierten Willen einer und derselben gesetzgebenden Gewalt am Werke, eine vorübergehende Gefahr zweckmässig zu bekämpfen.

Die Sachlage ist demnach hier und dort verschieden: Das eine Mal wird ein gesetzlicher Normalzustand durch das Neueintreten eines ihm zeitlich nachfolgenden anderen abgelöst. Das gesamte Zeitbild hat sich geändert. Das andere Mal tritt der ursprüngliche, zeitweise verdrängte Normalzustand hervor. Die Erfüllung des Sonderzweckes wird zu Gunsten der Vergangenheit aufgegeben.

Hälschner[1]) fasst den letzteren Vorgang, der uns hier zunächst interessiert, lediglich als vorübergehende Suspendierung der Wirksamkeit des normal geltenden Gesetzes durch das zeitweilige Platzgreifen der exceptionellen Strafsatzungen auf. — Er folgert hieraus für die Fälle, deren Begehungszeit noch vor dem Geltungsbeginn des temporären Gesetzes liegt, und die nun unter diesem zur Aburteilung gelangen, Anwendung des Begangenschaftsgesetzes. Denn seine Vorschriften leben latent noch fort. — Andrerseits vertritt er die Ansicht, dass an die zur Zeit des temporären Strafgesetzes verübte Handlung nicht mehr nach dessen

1) Hälschner, Lehrb. S. 123.

Ausserkrafttreten der Ausnahmemassstab gelegt werden dürfe. Vielmehr sei das inzwischen wieder zu seiner Vollkraft gelangte Normalgesetz dem Urteile ausschliesslich zu grunde zu legen und fortan allein wirksam.[2])

Dabei übersieht Hälschner, was er für die Anfangsgrenze des temporären Gesetzes nachdrücklich hervorhebt, dass vielfach die „Verübung der Tat gerade in der Geltungszeit“[3]) des Gesetzes zum Tatbestande gehört.

Dieser Umstand erscheint uns von ausschlaggebender Bedeutung.

Binding[4]) stimmt im Anschlusse an Seeger[5]) und Schmid[6]) mit Hälschners Ansicht darin überein, dass in den Fällen des Erlasses temporärer Gesetze für besondere Zustände oder Verhältnisse „das alte Gesetz nicht aufgehoben, sondern für die Delikte gewisser Zeitläufte suspendiert“ sei.

Binding verlangt nun für diese Gesetze, dass der Staat sie auf alle während der aussergewöhnlichen Zustände verübten Delikte ausdrücklich anwendbar erkläre, mögen diese vor oder nach Erlass des Gesetzes begangen sein.

Bei sorgfältiger Analyse dürfte man jedoch zu folgender Auffassung des gesetzgeberischen Willens gelangen: Der Zweck und die sociale Aufgabe der Ausnahmegesetze spricht für ihre konzessionslose Anwendung wenigstens auf alle unter ihrer Herrschaft begangenen Übertretungen. Wir werden aber ohne besondere Anhaltspunkte nicht so weit gehen

2) Hälschner, Lehrb. S. 123 unten.
3) ibid.
4) Binding, Handbuch S. 242.
5) Seeger, S. 127.
6) Schmid, S. 193—194.

zu sagen, die temporären Strafdrohungen wirken auf Handlungen zurück, die vor der Sonderregelung liegen.

Zu diesem Ergebnisse kommt die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller, wie auch die Praxis der obersten Gerichte: s. Hälschner, Lehrb. S. 123.

Seeger[7]) spricht diese Ansicht bezüglich aller „blos wegen veränderter Verhältnisse“ aufgehobenen oder gemilderten Strafgesetze aus. Mit Nachdruck tritt er für sie ein, wenn die nunmehrige Straflosigkeit einer bisher deliktischen Handlung nicht auf der Gesetzesänderung, sondern „darauf beruht, dass sie lediglich infolge anderweitiger tatsächlicher oder rechtlicher Veränderungen die Eigenschaft der Rechtswidrigkeit für die Zukunft verloren hat.“[8]) Diese Sachlage trifft in dem Falle temporärer Gesetze und ihrer Endigung sehr häufig zu. Man denke nur an die Zollgesetzgebungen und an die Ein- oder Ausfuhrbestimmungen.

In neuerer Zeit ist die Behandlung der Frage, die von hervorragendem Interesse durch das Socialistengesetz wurde, durch feine Unterscheidungen bereichert und ihrer befriedigenden Lösung näher gebracht worden. Hauptsächlich sind es von Liszt und Frank, die auf sie im Anschluss an die Bestimmung des § 2,2 St. G. B. eingehen.

Der § 2 Abs. 2 St. G. Bs. schreibt bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung die Anwendung des mildesten Gesetzes vor.

Da nun die temporären Ausnahmegesetze in den meisten Fällen härtere Strafbestimmungen enthalten, als diejenigen

---

7) Seeger, a. a. O. § 28.
8) Seeger, a. a. O. S. 118.

Pönalvorschriften, welche stetigen und den normalen Verhältnissen zu dienen bestimmt sind, so liegt es nahe, alle die Verstösse gegen ein temporäres Gesetz, die erst nach dem Endpunkt seiner Geltungsdauer zur Aburteilung gelangen, nach den inzwischen allein wieder massgebenden Sätzen des Normalrechts zu bestrafen, beziehungsweise gänzlich straflos zu lassen. Diese Folgerung ziehen von Liszt[9]) und Frank[10]) zu Gunsten des vorbehaltslosen Ablaufs des Socialistengesetzes mit dem 1. October 1890.

v. Liszt sieht in der Bestimmung des § 2 Abs. 2 zugleich den Satz anerkannt, dass nach Ablauf der zeitlichen Herrschaft eines Strafrechtsatzes „Verurteilung einer vor diesem Zeitpunkt begangenen Handlung unmöglich ist", es sei denn in den seltenen, für das Socialistengesetz seines Erachtens nicht zutreffenden Fällen, wo „Begehung unter einer bestimmten Zeit Tatbestandsmerkmal ist."[11])

Frank[12]) führt für die letztgedachten Fälle aus, dass der Wegfall derartiger Gesetze keineswegs eine Änderung in der Rechtsanschauung bedeute, sondern nur besage, dass der tatsächliche Grund der Strafbarkeit, (z. B. eine Viehseuche) für die späteren Handlungen nicht mehr vorliege. Das Socialistengesetz hingegen stelle seine Delikte schlechthin unter Strafe, indem es zugleich der eigenen Geltung einen Endtermin setze. Die Aufhebung oder richtiger der Ablauf durch Nichterneuerung dieses Gesetzes bedeute den Eintritt

9) v. Liszt, Lehrb. S. 96 Anm. 2.
10) Frank, Komment. zu § 2, IV, 4 u. in Z. f. St. W. XIV S. 335 f.
11) v. Liszt, a. a. O.
12) Frank, Komment. zu § 2, IV. 4.

einer neuen Rechtsidee. — Indem sich nun Frank[13]) auf die von Binding[14]) gemachte Unterscheidung stützt, wonach Handlungen, die wohl zur Zeit ihrer Begehung strafbar waren, unmittelbar darauf es aber nicht mehr sind, strafbar nur dann bleiben, wenn die alte Norm wegen geänderter tatsächlicher Verhältnisse als von einem bestimmten Tage an ungerechtfertigt erscheint, hingegen keine Strafe verdienen, wenn die Beseitigung der Norm eine Missbilligung des alten Verbotes oder seiner alten Ausdehnung bedeutet, kommt Frank zu einem von Binding gleichwohl nicht anerkannten Ergebnisse. Er sieht eben, abweichend von Binding, in der Aufhebung des Socialistengesetzes den Ausdruck eines neuen Rechtsgedankens. Nicht die Ansicht nämlich von der tatsächlichen Beseitigung der socialdemokratischen Gefahr sei das Motiv für das Ende des Gesetzes gewesen, vielmehr die Erkenntnis, dass das Gesetz eine unheilvolle Gefährdung der individuellen Freiheit involviere und durch unnütze Härten seinen Zweck verfehle.

Ob diese Deduktion allseitig überzeugt und befriedigt, ist zweifelhaft. Zum mindesten lässt sich ihre Richtigkeit kaum nachprüfen. Wie, wenn den Gesetzgeber beide Motive bewogen, das mit dem 1. October 1890 von selbst ablaufende Socialistengesetz nicht zu erneuern?

Der hier von Frank verwerteten Bindingschen Unterscheidung ist vorzuhalten, dass sie der subjektiven Auffassung des Einzelnen zu weiten Spielraum lässt. Wir möchten sie daher nicht zum Kriterium für die allgemeine Lösung unserer

13) Frank, in Z. f. St. W. XIV S. 335 f.
14) Binding, Handb. S. 258.

Frage wählen. — Bis auf die letzten Motive zu der zeitlichen Selbstbeschränkung eines Ausnahmegesetzes und dem Wiedereintreten des normalen Zustandes brauchen wir nicht zurückzugehen. Wir halten uns an die Willenskundgebung des Gesetzgebers selbst.

Will ein Strafgesetz die während eines bestimmten Zeitraumes oder die unter und für die Dauer einer besonderen Sachlage begangenen Handlungen mit Strafe belegen, so rechtfertigt das Eintreten des für die temporäre Strafandrohung vorgesehenen Endtermins es keineswegs, dass der wiederhergestellte mildere Gesetzeszustand nun mit rückwirkender Kraft sich durchsetzen solle.

Vielmehr zeigt der Gesetzgeber durch die sofortige Festlegung seines Gesetzes auf einen bestimmten Zeitraum, dass er die Bestrafung jedes währenddem begangenen Deliktes gutheisst, mag es auch erst nachträglich zur Aburteilung kommen.

Diese Ansicht vertritt einmütig die Praxis des Obertribunals wie des Reichsgerichtes. Letzteres vor Allem in seinem Urteil vom 15. I. 1891 betreffs Zuwiderhandlungen gegen das Socialistengesetz [15]). Auch in der Wissenschaft findet diese Ansicht die meisten Vertreter [16]). —

---

15) R. G. E XXI. 294. Vergl. auch R. G. E. v. 18. III. 1888 S. 295.

16) u. a. Olshausen, Komment. zu § 2 No. 16. Oppenhoff, Komment. zu § 2 No. 8. Schmid, S. 186. Seeger, S. 90 f. Vosberg, Dissert. S. 65 f.

# Teil II.

# Das Ende der „nicht temporären" Strafgesetze.

## § 1. Das formelle Ende der „nicht temporären" Strafgesetze.

### a) Das formelle Ende der „nicht temporären" Strafgesetze durch ein neues Strafgesetz.

Hat uns bisher der Vorgang des Zeitablaufes als Endigungsgrund von „temporären", im Vergleich zu der allgemeinen Strafrechtsentwickelung episodenhaften, Strafgesetzen beschäftigt, so richten wir jetzt unser Augenmerk auf diejenigen Gesetzeswerke, die einer bleibenden Aufgabe gerecht zu werden bestimmt sind. — Sie brauchen sich uns keineswegs als Kodifikationen darzustellen. Auch bei Nebengesetzen wird es sich in den meisten Fällen darum handeln, deren Gebote und Strafdrohungen für eine unabsehbare Geltungszeit wirksam zu erlassen, bis sich etwa die Nachwelt zu abermaliger Um- und Neugestaltung berufen fühlt.

Der regelmässige Endigungsgrund der Strafrechtssätze ist somit, wie auf den übrigen Gebieten des Rechtslebens, das Inkrafttreten eines ihnen widerstreitenden neuen Strafgesetzes, welches das alte ersetzen will und daher verdrängt.

Diese Aufhebung des bisher kraftvollen Gesetzes durch ein ihm nachfolgendes stärkeres Gesetz, kann auf dreifache Weise vor sich gehen, je nach der Aufgabe, die der nunmehrige Gesetzgeber in Angriff nimmt und je nach der Art der Durchführung:

a) der Gesetzgeber begnügt sich damit, zu bestimmen, dass von einem genau bestimmten Tage ab, das bisherige Gesetz ausser Kraft treten solle. Diese

Satzung stellt einen nur negativ bedeutsamen Vorgang dar. Sie missbilligt und verneint das fernere Bestehen des bis dahin geltenden Gesetzes, ohne einen positiven Ersatz dafür zu geben.

Fast möchte es scheinen, als ob dieser Vorgang sich grundsätzlich nur wenig von dem oben behandelten Falle unterscheide, und als ob daher das dort gefundene Ergebnis unverkürzter Nachwirkung des aufgehobenen Gesetzes auch hier Platz greifen dürfe. Dieser Schluss wäre falsch.

Denn beim Zusammentreffen „nicht temporärer" Gesetze fehlt jede Bestimmung des älteren Gesetzes, wie lange mindestens es sich in Kraft erhalten wolle. Die Rücksicht auf einen selbst bestimmten Endtermin fällt also hier fort. Der Gesetzgeber kann und wird in diesem Falle alle Schritte tun, für Verbrecher wie Richter die Herbeiführung der veränderten Rechtslage so wenig schroff, wie nur möglich zu gestalten. Die Rückwirkung des neuen Gesetzes ist entsprechend der Billigkeit geboten.

Fall b) Es tritt ein neues, mit dem alten seinem Gegenstande nach gleiches Gesetz in Kraft, ohne dass in ihm die Aufhebung des bisher geltenden direkt zum Ausdruck gebracht wird.

Trotzdem bleibt der positive Ersatz der bis dahin bestehenden Rechtssätze durch das neue Gesetz nach Umfang wie Inhalt nicht zweifelhaft. Das alte Recht wird im Moment des Inkrafttretens des neuen einem unbestrittenen Grundsatz zufolge notwendig insoweit entkräftet, als beide dieselben Materien regeln. Das bisherige Gebäude macht einem Neubau Platz, soweit das Areal das nämliche ist. Lex posterior derogat legi priori.

Mit Bindings[17]) Worten müssen wir sagen: „Das Inkrafttreten eines neuen Gesetzes hat“ — neben seiner positiven Wirkung — „eine negative, die dahin geht, dass es frühere auf denselben Gegenstand bezügliche Gesetze ausser Kraft stellt“. — von Liszt[18]) führt aus: „Das spätere Gesetz hebt in den von ihm geregelten Materien die Bestimmungen des älteren auf.“

Damit ist über das Mass dieser negativen Wirkung nicht genug gesagt. Es kann ein sehr verschiedenes sein.

Das neu erlassene Gesetz kann einmal das bisherige vollständig ausser Geltung setzen.

Dieser Fall tritt ein, wenn das eine restlos das Gegenteil des anderen enthält.[19])

Oder aber: Das spätere Gesetz duldet das frühere in gewissem Umfange stillschweigend neben sich, sofern dieses nämlich die Rechtssätze des anderen zu ergänzen bestimmt ist.

Für das heutige Rechtsleben mit seiner wichtigen Scheidung zwischen Reichs- und Landesstrafgesetzgebung ist es ferner wesentlich, zu erwägen, inwieweit nach dieser Richtung der Satz „das spätere Gesetz hebt in den von ihm geregelten Materien die Bestimmungen des älteren auf“ zutreffend ist, beziehungsweise eine Einschränkung erfährt. —

Wir folgen von Liszts[20]) Ausführungen; sein oben angeführter Satz gilt darnach

α) für das Verhältnis der einzelnen Reichsstrafgesetze zu einander, mag auch das spätere oder das frühere Gesetz ein „Nebengesetz“ sein,

17) Binding, Handb. S. 266.
18) v. Liszt, Lehrb. S. 94 f.
19) Binding, Handb. S. 226.
20) v. Liszt, Lehrb. S. 94 f.

β) für das Verhältnis der späteren Reichsstrafgesetze zu den früheren Landesstrafgesetzen,

γ) für das Verhältnis der verschiedenen Gebiete des Reichsrechts zu einander, so dass z. B. unser Reichsstrafgesetz durch die dem Gegenstande nach gleichen einschlagenden Bestimmungen des B. G. B. oder der Konkursordnung mehrfache Abänderungen erleidet.

Er gilt aber nicht für das Verhältnis der Landesstrafgesetze zu den vorhergehenden Gesetzen des Reichsstrafrechts. —

Fall c) Um den Richter nicht im Zweifel zu lassen, ob ein in Frage stehender Strafrechtssatz mit dem Tage des Inkraftretens eines neuen Gesetzes oder wann sonst, das Ende seiner Wirksamkeit erreicht hat, wird ein späterer Gesetzgeber das Werk seines Vorgängers im Umfange der beiderseits gleichen Materien noch ausdrücklich für erloschen erklären. Eine solche Feststellung enthält z. B. der § 2 Abs. 1 des E. G. z. R. St. G. B., wonach die Landesgesetzgebung insoweit ausgeschlossen erscheint, als das R. St. B. eine Materie „legislatorisch konsumiert.“[21])

Von den Fällen der — sei es stillschweigenden, sei es ausdrücklichen — Aufhebung eines Strafgesetzes durch Neuregelung bestimmter Materien seitens der gesetzgebenden Gewalt ist der Fall zu unterscheiden, dass Strafgesetze zeitweilig nur suspendiert werden.

Solche Suspension kann wohl nur ausdrücklich im Wege temporärer Gesetze vor sich gehen.[22])

21) Wachenfeld, Strafrecht S. 251.
22) Binding, Handb. S. 237.

Wir haben an dieser Stelle nicht zu prüfen, ob in solchen Fällen eine „Verschiedenheit der Gesetze“ im Sinne des § 2 Abs. 2 St. G. Bs. vorliegt. Nur die Feststellung, dass es sich bei vorübergehendem Aussetzen der Wirksamkeit eines Strafgesetzes nicht um die Herbeiführung seines Endes handelt, liegt uns ob. Dies ist an sich klar. Eine entgegengesetzte Ansicht, etwa dahin gehend, dass durch die Suspension eines Strafgesetzes dieses seinem Bestande nach erlösche, und also das Aufhören der Suspension den neuen Entstehungsakt eines inhaltlich dem vorhergehenden gleichen Gesetzes bedeute, wird unseres Wissens nirgends vertreten.

### b) Das formelle Ende „nicht temporärer“ Strafgesetze durch Gegenstandsloswerden.

Ausser infolge von Zeitablauf oder infolge gesetzlicher Aufhebung können Strafgesetze in seltenen Fällen ferner dadurch ihr Ende erreichen, dass sich ihre Bestimmungen als andauernd gegenstandslos geworden erweisen. Dies geschieht, wenn die Verhältnisse sich ändern, für welche sie geschaffen waren. Ein Strafgesetz hört daher zu wirken auf, sobald es durch anderweitige abweichende Regelung eines rechtlichen Verhältnisses die Voraussetzungen für die Verwirklichung seines Tatbestandes einbüsst.

Man denke z. B. an die Aufhebung von Zoll-, Monopol- und Patentgesetzen, was Lehmann[23]) hervorhebt. Oder setzen wir den Fall, die Bestrebungen gewisser Kreise auf Abschaffung der sog. „reglementierten Prostitution“ drängen

23) Lehmann, Dissert. S. 8.

durch, so würde mit diesem Erfolge ein Teil des § 361 Nr. 6 St. G. B. hinfällig, weil gegenstandslos werden.

Einen zurückliegenden Fall hebt Schütze hervor, indem er betont[24]): „Wenn das positive Recht Hexen, Zauberer, Unfreie, Ketzer nicht mehr kennt, oder mindestens nicht als strafwürdige Personen, bedarf es ausdrücklicher Aufhebung der bezüglichen Strafbestimmungen nicht."

Unter den hier betrachteten Gesichtspunkt ist auch der Fall zu stellen, dass die befugte Gewalt bindend erklärt, die in einem sog. Blankettgesetze vorgesehenen Verordnungen nicht erlassen zu wollen.

Die Strafdrohungen verlieren dadurch die Zugehörigkeit zu einem pönalen Tatbestande. Das Gesetz kann sich unmöglich verwirklichen; sein Ende ist somit herbeigeführt. Nur den Buchstaben nach hat es noch eine inhaltsleere Scheinexistenz.

### c) Das formelle Ende der „nicht temporären" Strafgesetze durch Gerichtsgebrauch und andere Gewohnheit.

Viel umstritten ist, ob die Strafgesetze infolge eines mit ihnen nicht im Einklange stehenden Gerichtsgebrauches oder einer anderen davon abweichenden Gewohnheit zu gelten aufhören.

Ist im heutigen Strafrecht die Wirksamkeit eines ius non scriptum in der Weise möglich, dass es zum Endigungsgrund des Strafgesetzes wird, indem es dem letzteren derogiert?

---

24) Schütze, Lehrb. S. 51 Anm. 12.

Dass § 2 Abs. 1 des St. G. Bs. eine gesetzliche Grundlage für jede Bestrafung vorschreibt und folgeweise die Pönalisierung im Wege des Gewohnheitsrechts und Gerichtsgebrauchs ausschliesst, ist unbestritten. Daher darf der Richter, was oft genug übersehen wird, keiner noch so konstanten Praxis des höchsten Gerichtshofes folgen, welche ihm einen Boden im Gesetze nicht zu haben scheint[25]), „sollte auch die Aufhebung des Urteils in der Rechtsmittelinstanz gewiss sein.“ [25])

Die Betonung des Satzes: „Für den Richter ist nur das Gesetz Norm und Richtschnur“ [26]), ist dort besonders am Platze, wo der Richter seinem eigenen Standpunkte z. B. die bekannte Entscheidung der vereinigten Strafsenate vom 24. Mai 1880 betreffs der Strafbarkeit auch des absolut untauglichen Versuches, sowie die vom 6. März 83 S. 87 betreffend die Auffassung der Schlägermensur als strafbaren „Zweikampf“ gegenübersieht.

Nicht so einig ist man darüber, ob der Ausschluss der gewohnheitsmässigen Bildung neuer Strafrechtssätze zugleich die Beseitigung der gesetzlich bestehenden durch Gewohnheit verbietet, oder mit anderen Worten, ob desuetudo möglich sei.

Olshausen[27]) bejaht diese Frage. von Liszt[28]) hingegen verneint die Zulässigkeit der desuetudo. Er glaubt dies als unmittelbare Folge seiner Auffassung des Strafrichters als eines blossen Organs der Rechtsanwendung tun zu dürfen. Dem

25) Wachenfeld, Strafrecht S. 250 unten und S. 251 oben.
26) a. a. O. S. 251.
27) Olshausen, Kommentar zu § 2 No 5.
28) v. Liszt, Lehrb. 89.

Richter sei nämlich durch das moderne Staatsrecht die Aufgabe unbedingter Anwendung des in seinem inneren Zusammenhange, d. h. wissenschaftlich erkannten Rechtes zugewiesen. Die Wissenschaft aber könne aus eigener Kraft vorhandene Rechtssätze unmöglich vernichten.[29]) Daher formuliert er seine Ansicht neuerdings dahin: „Das Gesetz ist die einzige Quelle . . . auch des Unterganges der Reichsstrafrechtssätze." (v. Liszt, Lehrb. S. 94.)

Auch Binding[30]) steht der gewohnheitsrechtlichen Beseitigung von Strafvorschriften feindlich gegenüber. Er bekennt sich, freilich mit anderer Begründung, im wesentlichen zu der Ansicht von Liszts (gegen Meyer und Hälschner). Sein Hauptargument ist dabei dies: der Gesetzgeber ermächtige seine Organe keineswegs dazu, dass eine seinen Normen nicht entsprechende Übung sie schliesslich teilweise verdränge. Gleichwohl macht er geltend: „Da das heutige gemeine Recht ein . . . . ausdrückliches Verbot der Bildung eines dem bejahenden Strafgesetze derogierenden Gewohnheitsrechtes nicht enthält, könne man die Zulässigkeit des letzteren als vom Gesetzgeber stillschweigend anerkannt" betrachten[31]).

Ganz unbedingt ist somit seine verneinende Stellungnahme nicht. Er hält noch auf derselben Seite das Zugeständnis für angebracht, dass zu einer gewissen, vielleicht einmal wiederkehrenden Zeit der Legislaturermüdung „ein gewissenhaft prüfender Richter bei der Erkenntnis anlangen" könne, „dass hinter den Worten des Gesetzes der Wille des

29) v. Liszt, Lehrb. S. 74.
30) Binding, Handbuch S. 210 f.
31) ibid.

Gesetzgebers weggefallen sei und trotz des Gesetzesbuchstabens freisprechen werde."

Wir hätten dann in der Tat das Ende des Strafrechtsgesetzes kraft desuetudo zu verzeichnen.

Hälschner[32]) vertritt einen das Bindingsche Zugeständnis noch erweiternden Standpunkt. Er behauptet — übrigens mehr überzeugt, als es näher begründend — dass „jedenfalls . . . dem Gewohnheitsrechte noch . . . . namentlich auch die Aufhebung gesetzlicher Strafsatzungen durch desuetudo offen bleibt."

Zu dem gleichen Ergebnis sieht sich Frank[33]) geführt, unter klarer Darlegung der ihn leitenden Gründe. Er schreibt die Möglichkeit der Aufhebung eines Strafgesetzes durch desuetudo davon her, dass das Gewohnheitsrecht wirksam bleibe, soweit es nicht ausdrücklich durch das Gesetz beseitigt ist; genau wie auf anderen Rechtsgebieten[34]) Als die Art, wie die fragliche, dem Strafgesetze derogierenden Kraft der desuetudo hervortreten soll, giebt er an, „dass die massgebenden Behörden (Staatsanwaltschaft und Gerichte) ein Strafgesetz längere Zeit hindurch — in der Meinung seiner rechtlichen Ungültigkeit — nicht mehr angewendet haben, obgleich tatsächlich Veranlassung zu seiner Anwendung gegeben gewesen wäre." Frank betont nachdrücklich, dass blosses in Vergessenheit geraten noch kein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht begründe, noch nicht den Rechtssatz beseitige. In solchen Fällen fehle es an der unerlässlichen opinio necessitatis.[35])

32) Hälschner, gemein. deutsch. Strafrecht S. 85.
33) Frank, Kommentar: zu St. G. B. § 2 I. 1.
34) Dieser Ansicht folgt Olshausen, Kommentar zu § 2 No. 5.
35) Frank, a. a. O.

Meyer[36]) lässt die Begründungsart Franks nur insoweit gelten, als die Gültigkeit älterer landesrechtlicher Strafvorschriften fortdauere und nunmehr in Frage stehe. „Nach der Natur des heutigen Rechtszustandes" hingegen könne von der negativen Wirkung des Gewohnheitsrechts „nicht oder kaum die Rede sein."[37])

Oppenhoff[38]) versucht für eine „entgegenstehende Gewohnheit dann die Bedeutung eines derogierenden Gewohnheitsrechts" aufrecht zu erhalten, „wenn dieselbe den ganzen Geltungsbereich der betreffenden gesetzlichen Bestimmung, welcher damit begegnet werden soll, ergreift." Eine Begründung dieses Satzes gibt er nicht.

Ein offener Vertreter der für das heutige Recht geforderten Reducierung der derogierenden Kraft des Gewohnheitsrechts im Gerichtsgebrauch „auf ein minimum" ist Lehmann[39]), der seine Ansicht, ohne sie des Weiteren darzulegen, aus der heute rasch arbeitenden Gesetzgebung und dem Grundsatze nulla poena sine lege rechtfertigt.

Mit überzeugender Klarheit hat Berner den Gegenstand unserer Erörterungen behandelt. Bereits in seinem „Wirkungskreis der Strafgesetze" 1853 spricht er es als das Princip jedes gesunden Staates aus: „Die Wirksamkeit eines Strafgesetzes kann immer nur durch eine gesetzgeberische Aufhebung derselben enden." „Nur bei rein fakultativen Strafbestimmungen, wie hinsichtlich des Verlustes der Ehrenrechte und der Polizeiaufsicht", hält er desuetudo für denkbar.[40])

36) Meyer, Lehrb. S. 104.
37) ibid.
38) Oppenhoff, Kommentar: zu § 2 No. 1.
39) Lehmann, Dissert. S. 8.
40) Berner, Lehrbuch S. 250 f.

Aber auch so eingeschränkt billigt er sie nur als Tatsache. Eine rechtsverbindliche Kraft schreibt er ihr nicht zu.

Wir schliessen uns im Hinblick auf das unser heutiges Strafrecht absolut beherrschende Princip, wonach „nur diejenige Strafrechtsregel als Strafgesetz anerkannt wird, welche eigens von den gesetzgebenden Faktoren geschaffen und verfassungsmässig publiziert ist,“[41]) der Bernerschen Ansicht grundsätzlich an; denn unsere Ansicht über den Untergang von Strafrechtssätzen darf ihren logischen Zusammenhang mit der einzig zutreffenden Ansicht über die Hervorbringung der heutigen Strafrechtssätze nicht vermissen lassen.

Bei dieser Begründungsart glaube ich mich mit Wachenfeld in Übereinstimmung zu befinden, der das Unvermögen derogierenden Gewohnheitsrechts im heutigen Strafrecht aus dem vernichteten Einfluss des strafrechtlichen Gewohnheitsrechtes überhaupt ableitet.[42])

Bei dem oben angeführten Hinweis, den Binding macht, ist nicht erwogen, dass — angenommen auch, vereinzelte gesetzliche Bestimmungen entsprächen nicht mehr dem ursprünglichen Willen des Gesetzgebers — dann doch in erster Linie die Begnadigungsgesuche und des Weiteren die Anträge auf Abänderung oder Aufhebung des Gesetzes die wahrscheinlichen Wege der Lösung wären.[43]) Ferner ist zu betonen, dass der hier oder dort zu vermutende Fortfall des gesetzgeberischen Willens ohne ausdrückliche Erklärung als bedeutungslos gelten muss.

Denn wenn das Reich den Gang und den Umfang der

41) Wachenfeld, Strafrecht S. 250.
42) Wachenfeld, a. a. O. S. 250.
43) s. Berner, Lehrb. S. 254.

gesetzgebenden Gewalten nach sorgfältiger Prüfung festgelegt hat, und auf Grund hiervon ein Gesetz zu Stande kommt und Kraft erhält, so bedeutet dies für die zur Gesetzesanwendung berufenen Behörden alles Andere, als eine ferne Möglichkeit, sich „vom allgemeinen Rechtsbewusstsein ihrer Zeit unbewusst beeinflussen" zu lassen[44])

Darin vielleicht könnten wir Binding Recht geben, dass unter ungünstigen Umständen das Staatsoberhaupt „durch eigene Übung, durch fortgesetzte völlige Begnadigung nämlich, seinen Willen, es solle ein bestimmtes Strafgesetz fürderhin keine Anwendung mehr finden,"[45]) kundgeben und infolge dieses Rechtsverzichtes die desuetudo Platz greifen könne. Hierbei wird man aber im Zweifel sein dürfen, ob der Hauptsache nach die eigene Kraft der Gewohnheitsrechtsquelle oder nicht vielmehr eine ausserordentliche Form legislativer Kundgebung des Staates vorliegt.

## § 2. Das materielle Ende der nicht temporären Strafgesetze.

Bisher handelte es sich darum, die verschiedenen Möglichkeiten des formellen Endes der Strafgesetze in Betracht zu ziehen.

Es gelang uns, in jedem Falle einen sicheren Moment zu ermitteln, von dem ab die formelle Geltung eines Strafgesetzes zu verneinen war.

Mit der Erledigung dieser Frage tritt ein wichtiger Zweifel hervor, dem wir bereits im ersten Teile begegneten, aber dort der Klarlegung wegen nur kurzen Ausdruck gaben.

44) Schütze, Lehrb. S. 8.
45) Binding, Handbuch S. 212.

Es ist wichtig zu wissen, ob mit dem Aufhören der Strafgesetze in formeller Hinsicht zugleich auch ihr materieller Bestand ausnahmslos hinfällig wird, und ob der Praxis jede Anknüpfung an die eben noch massgebende Rechtslage versagt werden soll.

Zwischen der Begehung einer strafbaren Handlung und deren Aburteilung liegt notwendig ein längerer Zeitraum.

Daraus ergibt sich, dass der Moment des formellen Endes eines Strafgesetzes die mit der Anwendung des letzteren betrauten Organe in allen den Fällen auf die Wissenschaft weist, für die das neue Gesetz noch nicht ausschliesslich anwendbar erscheint.

Mit anderen Worten: Hinsichtlich der vor dem formellen Ende des Strafgesetzes verübten Delikte, die noch ohne Urteil in die Geltungszeit des neuen Rechts hineinreichen, besteht der Zweifel: Soll dieses Vermächtnis aus veränderter Zeit dem alten Gesetze — trotz dessen Endes — unterstellt bleiben, oder aber soll es dem neuen, an sich für zukünftige Straftaten erlassenen Gesetze, das allein jetzt gilt, unterworfen werden?

Die Ansichten und Wege, dieses Problem zu lösen, gehen weit auseinander.

Bei näherem Zusehen lassen sich alle unter zwei bis drei Hauptgruppen bringen; ihnen ordnen sich die zahlreichen Abweichungen im Einzelnen als Folgeerscheinungen unter.

Alle haben sich damit auseinanderzusetzen, mit welchem Rechte und inwiefern die grössere Milde eines der fraglichen Gesetze für dessen ausnahmsweise Anwendung massgebend wird.

Die Bevorzugung des milderen Gesetzes kann man auf zwei Arten zu rechtfertigen unternehmen:

Einmal, indem man sie als Postulat materieller Gerechtigkeit hinstellt.

Das andere Mal, indem man die weniger strenge Rechtshandhabung aus Gründen der Billigkeit fordert.

Die erste der angedeuteten Gruppen von Ansichten nun macht mit dem Gedanken nachdrücklich Ernst, dass das bisherige strengere Gesetz durch seine Aufhebung in jeder Hinsicht sein Ende gefunden habe, und dass das Zugeständnis irgendwelchen Nachwirkens desselben schlechterdings einen Widerspruch damit enthalten würde.

Hierhin gehören besonders Schwarze[46]), Schütze[47]), Binding, Birkmeyer[48]) auch Hälschner und von Liszt[49]).

Am folgerichtigsten und schärfsten führt Binding[50]) den herausgestellten Grundsatz durch. Ohne ein Gebot der Billigkeit anzuerkennen, gibt er dem neuen Gesetze allein die Befugnis, die schwebenden Straffälle durch rückwirkende Anwendung zum Abschluss zu bringen. Gehe doch das neue Gesetz von der Unvollkommenheit des veralteten aus. Der Delinquent habe kein Recht auf Aburteilung gerade nach dem Begangenschaftsgesetze. Zudem sei der Richter selbst direkt verpflichtet, in Ermangelung anderer ihm eingeräumter Vollmacht, das zur Zeit des Urteils allein geltende Gesetz anzuwenden[51]). Der Delinquent habe nach seiner selbst unbilligen Handlung auch keinen Anspruch auf Billigkeit.

46) in v. Holtzendorffs Handb. II. S. 26.
47) Schütze, Lehrb. S. 48.
48) Birkmeyer, i. sr. Encyklop. der Rechtswissenschaft S. 1074
49) v. Liszt, Lehrb. S. 95.
50) Binding, Handb. S. 238 f.
51) so auch Schwarz i. v. Holtzds. Handb. II. S. 26.

Sogar für den Fall, dass das neue Gesetz das alte auf die Gruppe unerledigter Fälle für anwendbar erklärt, spricht Binding seinem starren Principe sachlich den Sieg zu und hält den Streit für nur formell entschieden.

Schweige aber das Gesetz darüber, indem es lediglich das alte Recht für aufgehoben erkläre, so fehle es nach Bindings Ansicht an einem Amnestieakt für die nach dem formellen Ende des älteren Gesetzes noch schwebenden Fälle, und diese würden daher von dem neuen Gewalthaber unbedenklich ergriffen.

Bindings scharfsinnige Ausführungen versäumen es, sich mit dem von ihm keineswegs verleugneten Grundsatze nulla poena sine praevia lege poenali auseinanderzusetzen. Seine kurze Versicherung, der von ihm vertretene Standpunkt widerstreite dem nicht[52]), beseitigt den tatsächlichen Widerspruch nicht, der eben darin zu finden ist, dass prinzipiell die Zurückbeziehung des neuen Gesetzes auf Fälle gefordert wird, für die beim ununterbrochenen Weiterbestehen der bisherigen Rechtslage den Delinquenten eine andere gesetzliche Folge seiner Handlung erwartete. (Vgl Wachenfeld, Strafr. S. 253 oben). Nur dann könnte der bemängelte Widerspruch als ausgeglichen erscheinen, wenn es Binding gelungen wäre, die von ihm streng geforderte Aburteilung nach dem neuen Gesetze als Notwendigkeit des Strafrechtslebens überhaupt hinzustellen. Erst dann würde auch sein Passus von einem vermissten „Amnestieakt" für die noch schwebenden Fälle gerechtfertigt sein.

Die Einschränkungen, die Geyer[53]) und Schmid[54]) zur

52) Binding, Handb. S. 240.
53) Geyer, Grundriss § 22.
54) Schmid, Herrschaft S. 186 f.

Abmilderung der sonst auch von ihnen gebilligten Ansicht regelmässiger Rückwirkung der neuen Strafgesetze vornehmen, erscheinen veraltet. Ersterer fordert nämlich Nichtrückwirkung des strengeren Gesetzes bei den „delicta iuris civilis." Letzterer benutzt die Unterscheidung von „natürlichen" und „positiven" Verbrechen, um für die „positiven" Beurteilung nach dem Begangenschaftsgesetze zu fordern, während er bezüglich der „natürlichen" Verbrechen unbedingte Rückwirkung der neuen Gesetze für geboten hält.

Derartige Unterscheidungen, die einer überwundenen Strafrechtstheorie entstammen, haben nur noch geschichtlichen Wert. Ihre Berechtigung ist heute zu verneinen[55]), somit auch die Verwendbarkeit für unsere Frage.

Wir gehen zur Lehre Hälschners[56]) über, die im Endergebnis, wie bereits erwähnt, der Bindingschen Auffassung nahe kommt. Hälschner gelangt aber zu seinem Grundsatz, dass das neue Strafgesetz Anwendung finde auch auf die früher verübten, noch unbestraften Handlungen[57]), hingegen das alte Gesetz hierfür „höchstens noch ausnahmsweise" in Frage komme, auf einem Umwege.

Er beginnt nämlich: Der von der Autorität des römischen und kanonischen Rechtes getragene Satz, wonach das neue Gesetz sich nur auf die Zukunft beziehe und keine rückwirkende Kraft äussere, gelte — „richtig verstanden" — auch im Strafrecht.

In Anlehnung an entsprechende für das Privatrecht

55) s. Hälschner, Lehrb. S. 122.
56) a. a. O. S. 116 f.
57) a. a. O. S. 122 unten.

bestimmte Lehren sieht er nun aber die Wirksamkeit des neuen Gesetzes nur insofern sich auf die Zukunft erstrecken und nicht zurückwirken, soweit es eine Änderung der „tatsächlichen Voraussetzungen", von denen das bisherige Gesetz die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten und Rechtsverhältnissen abhängig machte, herbeiführt[58]).

Insoweit hingegen das neue Gesetz die „rechtliche Wirkung" der Rechte und Rechtsverhältnisse bestimme, finde es Anwendung auch auf die schon vor ihm begründeten und noch fortdauernden Rechtsverhältnisse. Gegen den Ausdruck „Rückwirkung", muss hinzugefügt werden, verwahrt sich Hälschner in jedem Falle.

Demnach stellt er sich die gegenseitige Abgrenzung der beiden successiv geltenden Gesetze folgendermassen vor: Zwar werde das alte Gesetz durch das neue von einem bestimmten Momente ab ausser Kraft gesetzt. Aber die Beseitigung könne nicht soweit gehen, dass das neue Gesetz nun auch die von dem alten Gesetze zur Zeit seiner Geltungskraft ausgeübte konkrete Wirksamkeit ungeschehen mache. Vielmehr müsse das ablösende Gesetzeswerk die Wirkungen des Vorgesetzes „in ihrem rechtlichen Werte bestehen lassen."

Könne nun das alte Gesetz andererseits undenkbar eine in der Zeit des neuen sich äussernde Wirksamkeit ausüben, d. i. „nicht eine beschränkte Geltung neben dem neuen beanspruchen"[59]), so müsse man sagen: „Das Gesetz ist aufgehoben, nicht aber sind damit erloschen die unter seiner Herrschaft begründeten Rechtsverhältnisse." Welche recht-

58) a. a. O. S. 119.
59) a. a. O. S. 121.

lichen Wirkungen die letzteren noch fernerhin ausüben, bestimme das neue als das zu der fraglichen Zeit allein geltende Gesetz.

Die Folgerungen aus diesen allgemein zu Grunde gelegten Betrachtungen für das Strafrecht sind evident:

Das neue Strafgesetz, das die rechtlichen Folgen und Wirkungen einer strafbaren Handlung abändert, lässt das durch eine früher begangene strafbare Handlung begründete Rechtsverhältnis zwischen Täter und staatlicher Strafgewalt bestehen. Für die jetzt fraglichen rechtlichen Folgen aus diesem Verhältnisse jedoch ist allein das neue Gesetz massgebend geworden.[60])

Der Angeklagte wäre sonach bei Unterstellung seiner Tat unter die bisherigen Voraussetzungen des früheren Gesetzes nach Massgabe des neu festgelegten Strafmodus abzuurteilen.

Demgegenüber ein unantastbares, „wohlerworbenes Recht" zu betonen, sei nur auf Seiten des Staates haltbar. Ein solches des Verbrechers auf Strafe nach dem bisherigen Begangenschaftsgesetz verneint Hälschner mit Recht.

Das vom Staate erworbene Recht auf rechtliche Tilgung der Tat aber bleibt seiner Darlegung zufolge bestehen. Nur die Wirksamkeit dieses Rechtes sei eine andere geworden.

Ob Hälschner mit dieser Auffassung durchdringt, wird vor allem dort fraglich, wo das neue Gesetz dem Tatbestande engere Grenzen zieht. Wird nunmehr die zur Zeit des älteren Gesetzes verübte Straftat straflos gelassen, so hilft sich Hälschner, um seinen Standpunkt zu wahren, mit einem

60) a. a. O. 121 f.

Verzichte des Staates auf den durch die damalige Tat an sich erworbenen Strafanspruch durch das neue Gesetz. Eine Rückwirkung des letzteren will er auch in diesem Vorgang nicht finden.[61])

Dieses Bestreben, den Begriff der Rückwirkung ganz zu eliminieren, führt mehrfach dazu, eine Art der Begründung zu geben, die irre leitet, und Folgerungen zu ziehen, die Hälschner selbst umdeuten muss, um sie aufrecht zu halten.

Die bisher betrachtete Gruppe der Ansichten war grundsätzlich von der Forderung durchdrungen, das neue Gesetz auf alle Fälle anzuwenden, die nach der Aufhebung des bisherigen Gesetzes zur Aburteilung kommen, gleichgültig wann die Tat begangen worden ist.

Die meisten dieser Vertreter machen nun aber doch eine Ausnahme bei der Durchführung ihres Hauptsatzes, dahin gehend, dass die härteren Satzungen des neuen Gesetzes keine Zurückbeziehung auf die unerledigten Fälle aus zurückliegender Begehungszeit erfahren sollen. Hier müsse vielmehr der Billigkeit Raum zur Vermittlung verstattet werden. Insofern die Satzungen des älteren Rechtes ein milderes Urteils-Resultat ergeben, als die Anwendung des neuen Gesetzes, habe der Richter, dem Principe entgegen, auf jene noch zurückzugreifen. Dieses Verfahren lasse sich freilich aus streng rechtlichen Gesichtspunkten nicht rechtfertigen. Allein die der Übergangszeit zufallende Aufgabe tunlicher Vermeidung unbilliger Härte weise den Richter an, echt menschlich zu fühlen.[62])

Binding hält eine zu so wichtiger Ausnahme gelangende

61) a. a. O. S. 119 f.
62) Vosberg, Dissert. S. 38.

Theorie für eine „Mittelmeinung“, nach der, näher betrachtet, beide Gesetze nebeneinander Geltung behielten. Diese Auffassung trifft unseres Erachtens nicht zu. Ein Anderes ist es, zu sagen: Grundsätzlich ist das alte Gesetz erloschen, der Billigkeit aber entspricht es, faktische Ausnahmen zuzulassen. Ein Anderes, die Anwendung des mildesten Gesetzes zur Grundregel zu machen, die sich nun bald aus dem Bestande des neuen, bald aus dem des alten Gesetzes ihre Entscheidungen holt. Mit der letzteren Ansicht werden wir uns weiter unten beschäftigen.

Zuvor wenden wir uns der Klasse von Schriftstellern zu, die dem Grundsatze folgt, das alte Gesetz übe nach wie vor bei Erledigung der verspätet abzuurteilenden strafbaren Handlungen aus der Geltungszeit eben dieses Gesetzes materiell seinen Einfluss noch fortdauernd aus, sofern nicht etwa die Billigkeit (als übergeordnetes Regulativ) auch hier ausnahmsweise korrigierend eingreifen müsse.

Als Hauptvertreter dieses am meisten dem Sinne des römischen und kanonischen Rechts[63]) entsprechenden Standpunktes sind Seeger, Berner und Wachenfeld zu nennen.

Nach Berner[64]) ist das Gesetz der Tat von massgebender Bedeutung, gleichviel, ob es bis zur Zeit der Urteilsfällung inzwischen durch ein neues ersetzt ist. Diesen Satz ergänzt und modificiert nun Berner, wie er meint, im Kampfe gegen die sonst obsiegende „materielle Ungerechtigkeit“ durch die „allgemein anerkannte Regel“: Erklärt ein späteres Gesetz früher verpönte Handlungen für straflos oder minder strafbar, so können auch die früher begangenen Handlungen nicht mehr,

63) Schmid, Herrschaft . . . S. 186.
64) Berner, Wirkungskreis § 7.

beziehungsweise nicht mehr so hart, wie bisher gestraft werden.[65]) Der Staat müsste sonst gegen seine eigene bessere Überzeugung verstossen.

Dass er dies auch im entgegengesetzten Falle tut, wo er eine jetzt härter beurteilte Straftat gemäss dem bisherigen Gesetze straflos oder mit unzureichend milder Strafe belegen lässt, kümmert Berner nicht. Er stellt, ohne sich dieser Inkonsequenz bewusst zu werden, als Resultat den Lehrsatz auf: „Das härtere Strafgesetz hat nie rückwirkende Kraft, das mildere allerdings.“ [66])

Um Seeger's Lehre zur Darstellung zu bringen, ist es zweckmässig, mit ihm auseinanderzuhalten, ob der Richter, oder ob der Gesetzgeber als Subjekt der Frage nach dem Wirkungskreis der Gesetze zu denken sei.

Uns interessiert in erster Linie zu erfahren, an welchen Leitsatz sich der Richter diesbezüglich zu halten habe.

Seeger stellt die Erwägung voran, dass eine Strafe „gerecht und zugleich rechtmässig“ sein müsse.[67]) „Gerecht“ nennt er eine solche, die den Vernunftforderungen an das Recht entspricht. Die gerechte Strafe steht zur Zeit ihrer Verhängung mit der Anschauung über die Strafwürdigkeit der Tat in Einklang, wie sie der allgemeinen Ansicht über die rechtlichen Wirkungen der Strafe gleichkommt.

„Rechtmässig“ aber nennt er eine Strafe dann, wenn sie in der positiven Rechtsordnung begründet, auf Grund derselben ausgesprochen ist.

Die letztere Eigenschaft werde der Strafe nach der heu-

65) ibid.
66) a. a. O. § 7 am Ende.
67) Seeger, Rückwirkende Kraft S. 70 u. 82.

tigen Ansicht nur dann zuerkannt, „wenn sie vor der Tat durch eine Rechtsquelle angedroht war.“

Hiermit befindet sich Seeger durchaus in Übereinstimmung mit der preussischen Strafgesetzgebung und mit dem Reichsstrafgesetzbuch.

Aufgabe und Pflicht des Richters sei es nun vor Allem, die „rechtmässige“ Strafe zur Anwendung zu bringen.

Nur der Gesetzgeber stehe auf einem freieren, als dem streng formellrechtlichen Boden. Er allein habe auf „Gerechtigkeit“ im Sinne Seegers zu sehen. Damit ist die Erklärung Seegers begründet: „Der Richter hat das frühere Recht anzuwenden, — wo kein Grund zur Abweichung besteht.“[68])

Grundsätzlich hat also der Richter von der Annahme der nicht radikalen Beseitigung des bisherigen gesetzlichen Wirkungskreises durch das neue Gesetz auszugehen, was Seeger in die recht bedenklichen Worte kleidet: „In Wahrheit stehen der Wirkungskreis des alten und der des neuen Gesetzes gleichberechtigt neben einander.“[69])

Wo der Richter auf die zur Zeit des älteren Gesetzes begangenen Handlungen bereits das neue Recht anwenden will, muss er, wie Seeger es nennt, „einen besonderen Grund zur Abweichung“ haben. Einen solchen nun vermutet er „schon in der grösseren Milde des neuen Gesetzes.“[70])

Seine Begründung ist die nämliche, die wir bereits oben bei Hälschner antrafen: Der Staat leiste in allen von dem neuen Gesetze milder behandelten Fällen einen „gerechten Verzicht auf eine verwirkte, aber ungerechte Strafe.“ —

68) u. 69) a. a. O. S. 70.
70) a. a. O. S. 84.

Warum ein analoger Grund nicht auch im umgekehrten Falle, wo die „Gerechtigkeit“ eine härtere Bestrafung heischt, die Grundregel Seegers umstösst, erklärt er aus einem „Grundrecht des Bürgers“, das der Beurteilung der Tat nach einem strengeren, als dem Tatgesetze entgegentrete.[71])

Dies ist im wesentlichen die Darlegung der Gesichtspunkte, die nach Seeger den Richter in der Beantwortung der Frage nach dem Ende der alten Strafrechtssätze zu bestimmen haben.

Es fällt daran vor Allem auf, wie Seeger den Begriff der Rechtmässigkeit der Bestrafung auslegt. Unseres Erachtens dürfte die überwiegende Mehrzahl der Richter sich nicht dazu verstehen, die Strafdrohung eines ausser Geltung gesetzten Gesetzes noch für formellgültig zu halten.

Anstatt von der Forderung einer gerechten und zugleich rechtmässigen Strafe auf ein im Grunde gleichberechtigtes Nebeneinanderbestehen der beiden Wirkungskreise der kollidierenden Gesetze zu schliessen, erscheint es vielmehr mit Pulvermacher allein konsequent, ihnen beiden principiell die Anwendbarkeit auf die fraglichen vor dem Wechsel begangenen, aber noch unerledigten Fälle abzusprechen. Denn das eine Gesetz enthält Bestimmungen, die nun nicht mehr, und das andere solche, die auf zurückliegende Straffälle ohne weiteres noch nicht als „rechtmässig“ anwendbar erscheinen.

Die Präsensform: „Wer das und das tut, wird so bestraft,“ weist die Auslegung zurück, die da meint, das Urteilsgesetz brauche mit der Rechtsordnung der Begangenschaftszeit nicht unbedingt zusammenzufallen.

Seeger scheint Pulvermachers Einwurf selbst befürchtet

71) a. a. O. S. 83.

zu haben. Wir vermuten dies unter anderem aus seinem Bestreben, die Anerkennung der rückwirkenden Kraft bei milderen neuen Gesetzen aus einer „selbständigen Rechtsregel“ [72]) herzuleiten und so sich aus dem Dilemma zu ziehen. Letzteres ist ihm damit aber nicht gelungen. Im Gegenteil, je länger man seine Lehre durchdenkt, um so widerspruchsvoller erscheint sie bereits an ihren Ausgangspunkten. Grundregel und Ausnahmeerscheinungen sind mehrfach durcheinandergebracht.

Einen klaren und fruchtbaren Hinweis auf die der Beantwortung unserer Frage am entscheidendsten vorausgehenden Erörterungen macht Wachenfeld.[73]) Das Ergebnis hänge davon ab, ob man das Strafgesetz „als eine Anweisung an den Richter, eine Strafe zu verhängen“ auffasse, — in welchem Falle das Gesetz der Urteilszeit als das nunmehr ausschliesslich massgebende erscheint, — oder ob man darin „eine Erklärung an den Delinquenten, welche ihm die Folge einer Handlung bekannt gibt“ [74]) erkenne. Die letzte Ansicht vertritt Wachenfeld. Daher bleibe der Übertreter des alten Gesetzes auch unter dem neuen grundsätzlich nach dem Begehungsgesetze abzuurteilen. Zu Gunsten der Billigkeit sei aber hiervon eine Ausnahme zu machen, wenn das neue Gesetz das mildere ist.

Das Bestreben, die bei einem Gesetzeswechsel im Strafrecht beobachteten Vorgänge weniger zu erklären, als in einer allgemeingiltigen Formel rückhaltlos auszusprechen, ist für Rönne und Pulvermacher bestimmend gewesen. Beide[75])

72) a. a. O. S. 80.
73) u. 74) Wachenfeld, Strafrecht S. 252 f.
75) in Goltdammers Archiv XIX S. 5—18 und S. 435.

vermeiden es, auf dem bisher meist betretenen Wege die Rückwirkung oder den Ausschluss der Rückwirkung des neuen Gesetzes, beziehungsweise — vom bisherigen Gesetze vorschreitend — dessen Nachwirkung oder den Ausschluss eben dieser zum Ausgangspunkt der Untersuchung zu nehmen.

Sie stellen vielmehr die Behauptung auf, das einzige unumstössliche Princip sei die beständige Anwendung des jeweilig milderen Gesetzes.

Was heisst das anders, als auf die eigentliche Lösung des Problems durch Verwandlung desselben in einen an sich wenig beweisenden Erfahrungssatz zu verzichten? Binding[76]) nennt daher das Vorgehen Rönnes und Pulvermachers eine „wissenschaftliche Bankerotterklärung". Auch Hälschner[77]) spricht sich scharf dagegen aus. —

Uns scheint allein haltbar der Standpunkt von Liszts[78]), wonach grundsätzlich die Strafrechtssätze weder nach- noch rückwirkende Kraft zu äussern vermögen. Vielmehr erst der Gesetzgeber legt ihnen solche aus besonderem Willensentschluss ausdrücklich bei. Tut er dies nicht, so finden die Strafgesetze rechtmässig Anwendung nur auf die während ihrer zeitlichen Herrschaft entstandenen Tatbestände, und zwar nur, wofern sie im Zeitpunkt des Urteils noch unbestrittene Geltungskraft besitzen. Letzteres ist nicht mehr der Fall nach dem Eintritt eines neuen der Materie nach gleichen Gesetzes oder Rechtssatzes, der, an sich von koordinierter Bedeutung mit dem früheren, als lex posterior mit übergeordneter Kraft auftritt.

76) Binding, Handb. S. 235. Anm. 16.
77) Hälschner, D. St. R. I, 117 Anm. 5.
78) v. Liszt, Lehrb. S. 95.

Die Betätigung der letzteren wiederum hat ihre Grenze an dem Grundsatze: nulla poena sine praevia lege poenali, den wir heute präcis in die Worte fassen: „Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde.“[79])

Um nun Gesetz an Gesetz ohne Unterbrechung und Ausfall der notwendigen Sühne für einzelne Straftaten zu schliessen, werden Ausnahmen geschaffen.

Diese Ausnahmen werden, wie wir nun einräumen, zu Gunsten der Billigkeit getroffen. Sie rechtfertigen sich aber bei folgender Erwägung: Wie einerseits der Verbrecher nicht straflos ausgehen darf, soll ihn auch andererseits durch den schicksalsartigen Vorgang des Gesetzeswechsels zwischen Tat und Urteil keine unvermittelt harte Auffassung treffen. Deshalb wird das mildeste Gesetz „schon jetzt“ für wirksam erachtet und gilt, was uns interessiert, „auch jetzt noch“ als lebendiges Rechtsglied eines im übrigen erstorbenen Körpers.

Wie wir den Versuch, die nachwirkende Kraft des milderen bisherigen Gesetzes einseitig aus rechtlichen Gründen herzuleiten, scheitern sahen, mehr noch halten wir das Bestreben für verfehlt, diese Ausnahmeerscheinung selbst zum Princip zu erheben.

In beiden Fällen gerät man mit dem wahren Wesen der zeitlichen Geltung einander ablösender Strafgesetze in Widerspruch.

Dafür, wie man trotzdem auf dem Boden der dargelegten Ansicht einer Bestimmung, wie der des § 2 Abs. 2

79) St. G. B. § 2 Abs. 1.

R. St. Bs., gerecht werden kann, ist Vosbergs Ausführung beachtenswert. Vosberg[80]) sieht in ihr ein den Gesetzeswechsel selbständig vermittelndes Übergangsgesetz, worin der Gesetzgeber feststellt, ob er die alte oder die neue der beiden Strafbestimmungen zu seiner eigenen Strafnorm erhebe. — Dieses Übergangsgesetz müsse, da ja für die schwebenden Fälle weder das alte, noch das neue Gesetz formell anwendbar sei, „die Strafbestimmungen beider Gesetze in sich verkörpern." Also: „aus der Vergleichung beider wird die Strafe gewonnen."

Weshalb nun der Gesetzgeber der Übergangszeit für die besagten Fälle gerade die zu beiden Zeiten mildeste Schätzung der Handlung und die in concreto mildeste Bestrafung vorschreibe, leitet Vosberg[81]) aus der nicht allseitigen Vollwertigkeit des erwähnten Übergangsgesetzes her.

Dieses habe, weil es der vollendeten Tat nachfolgt, „nur einen Strafexekutionszweck, aber keinen Strafandrohungs- oder Verbotszweck, noch einen Verhütungszweck zu erfüllen".[82]) Dieser Umstand sei es, der den Gesetzgeber „zwingt, die strafende Funktion des (erst nachträglich gegen das Verbrechen reagierenden) Gesetzes in ihrem ganzen Umfang, d. h. nach der Richtung ihrer Strenge hin, aufzugeben."[83]) Er legt ihm in der Ausübung dieser Strenge Fesseln an. Das alte Gesetz, das an sich die Tat objektiv nichts mehr angehe, sei nur „die Erkenntnisquelle für den Richter und giebt einzig seine materiellen Strafbestimmungen für das Übergangsgesetz her."[84])

80) Vosberg, Dissert. S. 39.
81) Vosberg, a. a. O. S. 40.
82) u. 83) ibid.
84) ibid.

So aufgefasst, erscheint die Tatsache, dass ein bereits ausser Geltung befindliches Gesetz nach seiner definitiven Endigung gleichwohl noch als „mildestes" zur Anwendung kommt, zu einer verständigen Lösung gebracht und ihrer scheinbaren Willkür entkleidet:

Eine Übergangsbestimmung, gestützt auf Zweckmässigkeitserwägungen, ausgehend vom Gesichtspunkte der Billigkeit, gerechtfertigt durch Gebote der Ethik, regelt in genau so bindender Weise, wie das alte Gesetz die Straffolgen der bis zu seinem Ende sich erledigenden Fälle, und wie das neue die Bestrafung der erst seit seinem Inkrafttreten begangenen Handlungen regelt, nun seinerseits die materiellrechtliche Behandlung der im Moment des Gesetzeswechsels noch „schwebenden" Fälle.

Ohne ein solches Übergangsgesetz klafft eine Lücke, die der Richter nicht ausfüllen kann, ohne seine Vollmacht zu überschreiten.